

La portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, con la conseguenza che, qualora sia comminata espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza della violazione di talune univoche prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tale previsione e che siffatto principio recede soltanto nel caso in cui la singola clausola, ancorché univocamente formulata, risulti configgente con altra prescrizione connessa o incoerente con la funzione cui il complesso delle regole di gara sia preordinato

il Tar Campania, Salerno, con la sentenza numero 468 del 26 aprile 2007 ci insegna che:

< la vincolatività delle prescrizioni del bando, non impugnato ritualmente, comporta che soltanto nel caso in cui le prescrizioni del bando o della lettera d'invito ad una gara per l'aggiudicazione di un contratto prevedono espressamente, con formulazione chiara e non equivoca, l'esclusione dalla procedura a sanzione della loro inosservanza, anche soltanto formale, l'Amministrazione è tenuta al rispetto della normativa alla quale si è autovincolata e che essa stessa ha emanato, evidentemente sulla base di un giudizio ex ante dell'idoneità della singola prescrizione a conseguire le finalità sopra indicate, senza che residui alcun margine di discrezionalità al riguardo circa la rilevanza dell'inadempimento.>

ma l'emarginata sentenza merita di essere segnalata anche per il seguente importante passaggio in essa contenuto:

< l'aggiudicazione provvisoria di una gara di appalto ha natura di atto endoprocedimentale, producendo effetti meramente prodromici all'adozione della determinazione conclusiva; sul piano processuale, la sua impugnazione è meramente facoltativa e non obbligatoria, e il termine per impugnare la definizione del procedimento di selezione pubblica di un contraente della Pubblica Amministrazione decorre, di regola, dalla piena conoscenza dell'aggiudicazione definitiva e, in occasione dell'impugnazione di questa ultima, possono essere fatti valere i vizi propri di quella provvisoria (Cons. St. Sez. V 11 maggio 2004 n. 2951; 29 luglio 2003 n. 4327; Tar Lazio Sez. II 19 giugno 2006 n. 4814; Tar Abruzzo Pescara 30 maggio 2006 n. 323);

-E' inammissibile il ricorso proposto contro il verbale della Commissione di gara che propone l'aggiudicazione provvisoria di un appalto di opere pubbliche, trattandosi di atto avente natura endoprocedimentale, privo di autonoma capacità lesiva delle sfere soggettive delle imprese partecipanti, in quanto le successive determinazioni dell'Amministrazione appaltante (di approvazione degli atti della procedura e di aggiudicazione definitiva), costituiscono apprezzamento autonomo, che può non condividere le risultanze del verbale e considerare profili ulteriori rispetto alle valutazioni tecnico-discrezionali effettuate dalla Commissione giudicatrice (Tar Campania Napoli Sez. I 14 luglio 2006 n. 7517):

-l'aggiudicazione provvisoria della gara di appalto è atto preparatorio e non conclusivo del procedimento (Cons. St. Sez. V 6 marzo 2006 n. 1068);

-l'aggiudicazione definitiva di una gara pubblica non è un mero atto confermativo dell'aggiudicazione provvisoria, essendo diverso da quest'ultimo per soggetto, competenza, forma e contenuto, presupponendo una nuova valutazione dei fatti, delle norme e delle circostanze inerenti al procedimento di gara, e ciò anche quando la stessa appaia frutto di una mera ricezione dei risultati dell'aggiudicazione provvisoria e degli altri atti prodromici, atteso che, pur facendo parte della medesima sequenza procedimentale, di cui costituisce l'esito finale, essa consegue comunque ad una nuova ed autonoma valutazione (Cons. St. VI 7 luglio 2003 n. 4009; Tar Campania Salerno sez. I 6 giugno 2006 n. 827).>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO.

Il Tribunale amministrativo regionale della Campania, sez. I di Salerno, composto dai signori magistrati: ANNO 2006

Dr. Giovanni De Leo - Presidente

Dr. Filippo Portoghese - Consigliere

Dr. Francesco Gaudieri - Consigliere, relatore

ha pronunciato la seguente

Sentenza

sul ricorso n. 953/05 proposto da Soc. a r.l. DITTA ALFA, in proprio e quale mandataria dell'ATI costituita con DITTA ALFA BIS Cons. Coop. Soc. e DITTA ALFA TER a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore sig. Antonio Forgione, rappresentata e difesa, giusta procura rilasciata a margine dell'atto introduttivo, dall'avv. Maria Branchi, con la quale elettivamente domicilia in Salerno alla via Leopoldo Cassese n. 19 presso avv. Barbato Iannuzzi

contro

L'Azienda Sanitaria Locale Avellino 1(Asl Av 1), in persona del Direttore Generale legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Raffaele Topo e Ornella Barile, con i quali domicilia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 35, comma 2, T.U. 26 giugno 1924 n. 1054 e 19, comma 1, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, presso la segreteria del Tar

e nei confronti di

Consorzio di cooperative sociali "Consorzio BETA a r. l.", icon sede in S: Maria Capua Vetere, P. Iva 02241260617, in persona del legale rappresentante pro tempore prof. Gabriele Capitelli, rappresentato e difeso, giusta procura a margine dell'atto di costituzione, dall'avv. Umberto Gentile, con il quale elettivamente domicilia in Salerno alla via del Porto presso avv. Michele Troisi

per l'annullamento

dei verbali di gara nn. 1, 2, 3 e 4 della Commissione amministrativa e tecnica dell'Asl Av 1 relativi all'affidamento del servizio Gestione Struttura Intermedia Residenziale Comune di Casalboro Montecalvo, recanti valutazione delle offerte ed aggiudica provvisoria dell'appalto in favore del Consorzio di Coop. BETA a r. l.;

della lettera di invito; nonché

con i motivi aggiunti, notificati il 1° luglio 2005, depositati il 7 luglio 2005,

per l'annullamento

della delibera del D.G. dell'Asl Av 1 n. 261 del 21.6.05 recante aggiudicazione definitiva del servizio gestione struttura intermedia (S.I.R.) del Comune di Casalbore e Montecalvo;

dei verbali di gara nn. 1, 2, 3 e 4 della Commissione amministrativa e tecnica dell'Asl Av 1 relativi all'affidamento del servizio Gestione Struttura Intermedia Residenziale Comune di Casalbore Montecalvo, recanti valutazione delle offerte ed aggiudica provvisoria dell'appalto in favore del Consorzio di Coop. BETA a r. l.; della lettera di invito e del Capitolato speciale e del relativo contratto.

di ogni atto connesso;

* * *

Visto il ricorso con gli atti e documenti allegati;

Visti i motivi aggiunti, notificati il 1° luglio 2005, depositati il 7 luglio 2005.

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'intimata Amministrazione sanitaria;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio controinteressato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 1° febbraio 2007 il consigliere dott. Francesco Gaudieri e uditi altresì, per le parti, gli avvocati difensori presenti come da processo verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

Fatto e Diritto

1.- Con l'atto notificato il 5 maggio 2005, depositato il successivo 19 maggio, la Soc. a r. l. DITTA ALFA, in proprio e nella dichiarata qualità, premesso di aver partecipato alla gara indetta dall'Asl Av 1 per l'affidamento del servizio Gestione Struttura Intermedia Residenziale Comune di Casalbore Montecalvo, impugna il provvedimento, in epigrafe meglio specificato, con il quale l'Amministrazione procedente, aggiudicava provvisoriamente il servizio all'altro concorrente e segnatamente al consorzio BETA.

Stimando illegittimi gli atti in questione ne ha chiesto l'annullamento per violazione di legge ed eccesso di potere, lamentando in particolare :

Violazione e falsa applicazione dell'art. 16 d. lgs n. 157/95 nonché del bando di gara, atteso che, in palese violazione dello sbarramento procedimentale contenuto nella lettera d'invito recante espressa previsione della possibilità di regolarizzazione della documentazione soltanto nella fase antecedente l'apertura della busta contenente l'offerta tecnica, sarebbe stato consentito alla controinteressata di regolarizzare la documentazione carente ad avvenuta apertura della busta contenente l'offerta tecnica : in particolare alla controinteressata sarebbe stato concesso di regolarizzare la mancata sottoscrizione dell'allegato 1 da parte delle altre consorziate e di regolarizzare le carenze della polizza fidejussoria.

Ulteriore violazione della *lex specialis*, atteso che il Consorzio controinteressato non avrebbe prodotto l'attestazione di presa visione dei luoghi ma un atto non rispondente al fac simile previsto dal bando di gara,

In subordine :

Carenza di documentazione amministrativa, dal momento che il Consorzio controinteressato, dopo aver precisato di essere dotato di autonoma soggettività giuridica e di essere quindi l'unico soggetto interlocutore dell'Amministrazione appaltante, avrebbe contraddittoriamente prodotto lettera d'invito e capitolato speciale di appalto firmata dalla cooperativa sociale Amici per la Vita

Carenze in ordine alla polizza fideiussoria, atteso che, contrariamente a quanto precisato dal Consorzio con il verbale n. 2 del 25.2.2005 circa le automatiche previsioni degli artt. 17 e 30 della l. n. 109/94, necessariamente avrebbe dovuto contenere le necessarie indicazioni in ordine alla relativa validità.

2.- Si è costituita in giudizio l'Amministrazione sanitaria chiedendo il rigetto della domanda perché inammissibile ed infondata.

3.- Con richieste analoghe si è costituito il Consorzio BETA controinteressato.

4.- Con ordinanza cautelare n. 621/05 del 9 giugno 2005, risulta respinta l'istanza cautelare.

5.- Con i motivi aggiunti, notificati il 1° luglio 2005, depositati il 7 luglio 2005, parte ricorrente si è gravata anche avverso l'aggiudicazione definitiva disposta con delibera del D.G. dell'Asl Av 1 n. 261 del 21.6.05, riproponendo le medesime censure, anche con richiesta di risarcimento danni.

6.- Con ordinanza cautelare n. 892/05 del 25 agosto 2005, risulta respinta l'istanza cautelare.

7.- Alla pubblica udienza del 1° febbraio 2007 la causa veniva riservata per la decisione.

8.- Il ricorso è infondato e soggiace alla relativa declaratoria di reiezione, per le considerazioni che seguono.

8.a.- La società ricorrente ha impugnato sia il provvedimento di aggiudicazione provvisoria che quello di aggiudicazione definitiva, in epigrafe meglio specificati, con i quali la resistente Asl AV 1 si è determinata all'affidamento del servizio Gestione Struttura Intermedia Residenziale Comune di Casalbore Montecalvo, all'altra concorrente e cioè al Consorzio di cooperative sociali "Consorzio BETA a r. l."

Le censure articolate sostanzialmente afferiscono alla violazione della lettera di invito e del capitolato speciale, così come innanzi meglio esplicitate, che risultano gravati con doglianze identiche sia con il ricorso principale, proposto avverso l'aggiudicazione provvisoria, che con i motivi aggiunti, proposti avverso l'aggiudicazione definitiva.

8.a.1.- La giurisprudenza amministrativa formatasi in materia di aggiudicazione provvisoria e definitiva di una pubblica gara è, ormai, consolidata sui seguenti principi :

-l'aggiudicazione provvisoria di una gara di appalto ha natura di atto endoprocedimentale, producendo effetti meramente prodromici all'adozione della determinazione conclusiva; sul piano processuale, la sua impugnazione è meramente facoltativa e non obbligatoria, e il termine per

impugnare la definizione del procedimento di selezione pubblica di un contraente della Pubblica Amministrazione decorre, di regola, dalla piena conoscenza dell'aggiudicazione definitiva e, in occasione dell'impugnazione di questa ultima, possono essere fatti valere i vizi propri di quella provvisoria (Cons. St. Sez. V 11 maggio 2004 n. 2951; 29 luglio 2003 n. 4327; Tar Lazio Sez. II 19 giugno 2006 n. 4814; Tar Abruzzo Pescara 30 maggio 2006 n. 323);

-E' inammissibile il ricorso proposto contro il verbale della Commissione di gara che propone l'aggiudicazione provvisoria di un appalto di opere pubbliche, trattandosi di atto avente natura endoprocedimentale, privo di autonoma capacità lesiva delle sfere soggettive delle imprese partecipanti, in quanto le successive determinazioni dell'Amministrazione appaltante (di approvazione degli atti della procedura e di aggiudicazione definitiva), costituiscono apprezzamento autonomo, che può non condividere le risultanze del verbale e considerare profili ulteriori rispetto alle valutazioni tecnico-discrezionali effettuate dalla Commissione giudicatrice (Tar Campania Napoli Sez. I 14 luglio 2006 n. 7517):

-l'aggiudicazione provvisoria della gara di appalto è atto preparatorio e non conclusivo del procedimento (Cons. St. Sez. V 6 marzo 2006 n. 1068);

-l'aggiudicazione definitiva di una gara pubblica non è un mero atto confermativo dell'aggiudicazione provvisoria, essendo diverso da quest'ultimo per soggetto, competenza, forma e contenuto, presupponendo una nuova valutazione dei fatti, delle norme e delle circostanze inerenti al procedimento di gara, e ciò anche quando la stessa appaia frutto di una mera ricezione dei risultati dell'aggiudicazione provvisoria e degli altri atti prodromici, atteso che, pur facendo parte della medesima sequenza procedimentale, di cui costituisce l'esito finale, essa consegue comunque ad una nuova ed autonoma valutazione (Cons St. VI 7 luglio 2003 n. 4009; Tar Campania Salerno sez. I 6 giugno 2006 n. 827).

8.b- Trasponendo le menzionate acquisizioni al caso in esame, deve convenirsi che al ricorso proposto avverso l'aggiudicazione provvisoria e cioè di un atto endoprocedimentale, preparatorio e non conclusivo del procedimento, ha fatto puntualmente seguito l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, per cui può superarsi la spiegata eccezione di inammissibilità del ricorso formulata dalla resistente Amministrazione sanitaria.

6.c.- Con il primo motivo di ricorso, la deducente società lamenta sostanzialmente l'error in procedendo in cui sarebbe incorsa la Commissione di gara, che, avendo chiesto al Consorzio BETA elementi integrativi della documentazione presentata dopo aver aperto la busta relativa alla "documentazione tecnica", avrebbe violato la prescrizione della lettera d'invito (pag. 5) laddove si afferma che "per i documenti prodotti eventualmente incompleti o da dichiarare, giusta art. 16 D Lgs 157/95, è concessa facoltà di integrazione e chiarimento da esercitarsi nel periodo intercorrente la verbalizzazione dell'insufficienza e l'apertura della busta contenente l'offerta tecnica".

Il motivo di censura, nella sua formulazione letterale e sostanziale, non risulta rivolto avverso la carenza dei presupposti utili per l'applicazione della citata norma, quanto piuttosto avverso l'impossibilità di farne applicazione in ragione della sola circostanza che sarebbe stata aperta la busta contenente la "documentazione tecnica".

Si afferma, infatti, che "...dal momento in cui era aperta la busta con la dicitura "Documentazione Tecnica", secondo il Disciplinare di gara contenuto nella lettera di invito, che richiama l'art. 16 del D. Lgs 157/95, non era più possibile alcuna integrazione della documentazione presentata dalle ditte ricorrenti".

La censura non coglie nel segno per un duplice ordine di considerazioni.

8.c.1.- Osserva in primis il Collegio che la sanzione dell'esclusione risulta inserita nella lettera di invito, espressamente "per la formulazione dell'offerta" e, nel caso di specie, la preclusione ritenuta ostativa (id est : l'impossibilità di chiedere la regolarizzazione della documentazione prodotta in gara dopo l'apertura della busta contenente l'offerta tecnica) non sarebbe ascrivibile al novero degli adempimenti a carico del partecipante, bensì alle regole poste dall'Amministrazione per lo svolgimento della gara, pure obbligatorie per la P.A. procedente e parimenti censurabili qualora sussistenti e teleologicamente apprezzabili per ragioni di utilità ed economicità del procedimento amministrativo.

Ergo, per una consolidata giurisprudenza, non risulta applicabile la sanzione dell'esclusione che, com'è noto, risulta utilizzabile soltanto laddove espressamente e chiaramente prevista.

La giurisprudenza è dell'avviso che la vincolatività delle prescrizioni del bando, non impugnato ritualmente, comporta che soltanto nel caso in cui le prescrizioni del bando o della lettera d'invito ad una gara per l'aggiudicazione di un contratto prevedono espressamente, con formulazione chiara e non equivoca, l'esclusione dalla procedura a sanzione della loro inosservanza, anche soltanto formale, l'Amministrazione è tenuta al rispetto della normativa alla quale si è autovincolata e che essa stessa ha emanato, evidentemente sulla base di un giudizio ex ante dell'idoneità della singola prescrizione a conseguire le finalità sopra indicate, senza che residui alcun margine di discrezionalità al riguardo circa la rilevanza dell'inadempimento.

In sostanza, la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, con la conseguenza che, qualora sia comminata espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza della violazione di talune univoche prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tale previsione e che siffatto principio recede soltanto nel caso in cui la singola clausola, ancorché univocamente formulata, risulti configgente con altra prescrizione connessa o incoerente con la funzione cui il complesso delle regole di gara sia preordinato (Cons. St. Sez. V 30 giugno 2003 n. 3866; 10 gennaio 2005 n. 32).

Laddove la *lex specialis* non contempla, in specie per violazioni di ordine formale, la sanzione dell'esclusione, quest'ultima deve ritenersi, in linea di principio, recessiva a fronte del principio, ormai immanente nei procedimenti di gara, della massima partecipazione per ragioni di pubblico interesse.

8.c.2.- Ma ciò che più rileva ai fini della reiezione della censura fondata sulla violazione dell'ordo procedendi è la circostanza che la preclusione alla eventuale regolarizzazione, giusta indicazione emergente dalla lettera di invito, risulta radicata all'offerta tecnica che, nelle intenzioni dell'Amministrazione, così come desumibili dalla costruzione della lettera d'invito – ancorché maldestramente formulata - risulta il vero momento ostativo alla regolarizzazione ex art. 16 D. Lgs n. 157/95.

In sostanza, come si evince dalla lettura di pag. 4 della lettera di invito, si distingue tra offerta tecnica e documentazione tecnica : è, infatti, testualmente previsto che "all'offerta tecnica dovrà essere allegata tutta la documentazione di supporto ...la mancanza di tale documentazione che non consente alla Commissione di valutare compiutamente...costituisce motivo di esclusione...".

Ferma la distinzione tra documentazione tecnica e offerta tecnica, si rileva che, nella lettera di invito, la possibilità di ricorrere alla regolarizzazione trovasi prevista a pag. 5 della stessa, ed è

relativa a tutti i documenti prodotti eventualmente incompleti, senza alcuna distinzione e quindi anche alla documentazione tecnica, per cui l'unica lettura possibile della prevista preclusione procedimentale deve ritenersi, in coerenza con il dato letterale, quella che lega lo sbarramento alla valutazione dell'offerta tecnica e non alla semplice apertura della busta contenente la documentazione tecnica.

Fondatamente, pertanto, l'Amministrazione, nelle proprie difese ha individuato la ratio della disposta preclusione nella necessità di evitare che "eventuali inadempienze formali ...siano sanate ex post quando cioè la Commissione già si è espressa in ordine al valore tecnico dell'offerta ...".

Le considerazioni rassegnate dal Collegio, fondate su una lettura sostanziale e non formale delle previsioni della *lex specialis*, inducono alla reiezione della prima censura, avendo l'Amministrazione proceduto alla valutazione dell'offerta tecnica soltanto con il verbale del 4 marzo 2005 e quindi successivamente al ricorso alla facoltà ex art. 16 D. Lgs n. 157/95 (di cui al verbale del 3 febbraio 2005), e, quindi, nel rispetto delle previsioni degli atti di gara.

9.- Parimenti può respingersi il secondo motivo di ricorso, relativo ad un'asserita ed indimostrata difformità della dichiarazione relativa alla presa visione dei luoghi.

In applicazione del principio *onus probandi incumbit ei qui dicit*, parte ricorrente, con un comportamento diligente, doveva fornire almeno un principio di prova in ordine a quanto affermato.

Poiché parte ricorrente non ha adempiuto all'onere di fornire ex art. 2697 c.c. almeno un principio di prova, né ha dimostrato di aver invano esperito il tentativo di accesso agli atti con il rifiuto dell'Amministrazione (Tar Puglia Bari Sez. I 28 febbraio 1994 n. 338), la censura deve essere respinta siccome inammissibile non potendo il Giudice supplire all'inerzia della parte con attività istruttoria (Cons. St. Sez. V 10 febbraio 1998 n. 151).

10.- Per la reiezione del terzo motivo di ricorso, peraltro formulato in subordine e con intenti meramente dubitativi in ordine alla disciplina da applicare alla fattispecie, sarà sufficiente richiamare in questa sede la giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di consorzi costituiti ai sensi della legge 25 giugno 1909 n. 422 e successive modificazioni e integrazioni (Sez. VI 29 aprile 2003 n. 2183), nonché il principio *utile per inutile non vitiatur* quanto alla ulteriore produzione documentale presentata dal Consorzio BETA.

11.- Per la reiezione del quarto motivo di ricorso, relativo alle carenze della polizza fideiussoria, valgono le medesime considerazioni rassegnate al punto 9) che precede.

Può concludersi per la reiezione del ricorso.

12.- Il regolamento delle spese processuali segue la soccombenza. Esse sono regolate in dispositivo.

p.q.m.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione di Salerno, sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 953/2005 proposto da Soc. a r.l. DITTA ALFA, in proprio e quale mandataria dell'ATI costituita con DITTA ALFA BIS Cons. Coop. Soc. e DITTA ALFA TER a r.l., lo rigetta, così come in motivazione.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese e competenze della procedura che liquida in euro 1.000,00 (mille/00), oltre accessori, a favore di ciascuna delle parti costituite in resistenza.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Salerno nella Camera di Consiglio del 1° febbraio 2007, con l'intervento dei Magistrati

Dr. Giovanni De Leo Presidente

Dr. Francesco Gaudieri Consigliere Est.

Depositata in Segreteria il

(art. 55, legge 27.04.1982 n. 186)

il Direttore della Sezione